

5 | Ingebrekestelling en non-conformiteit

W.L. Valk [■]

1 VRAAGSTELLING

Deze korte bijdrage gaat over een vraag uit de alledaagse praktijk van het privaatrecht: moet de koper die schadevergoeding of ontbinding nastreeft op de grond dat de afgeleverde zaak niet aan de overeenkomst beantwoordt (art. 7:17 BW), de verkoper in gebreke stellen? Op het eerste gezicht lijkt het antwoord eenvoudig: voor zover nakoming niet onmogelijk is,¹ is verzuim vereist (art. 6:74 lid 2 en 6:265 lid 2 BW) en dus in beginsel een ingebrekestelling (art. 6:82 BW). Maar is het werkelijk zo eenvoudig?

Veel non-conformiteitszaken in de praktijk van de rechtspraak betreffen de koop van woningen. Het stramien is als volgt. Er is een bestaande woning verkocht en geleverd. Na verloop van tijd ontdekt de koper een of meer gebreken. Hij schakelt een aannemer in om de gebreken te herstellen en vordert het bedrag van de herstelkosten als schadevergoeding, of stuurt eventueel aan op prijsvermindering bij wijze van gedeeltelijke ontbinding. De koper heeft diverse obstakels te vermijden. Om rechtsverlies te voorkomen moet hij binnen bekwame tijd na ontdekking de verkoper van het gebrek kennisgeven (art. 7:23 lid 1 BW). Vervolgens geldt een verjaringstermijn van twee jaar (art. 7:23 lid 2 BW). De koper doet er bovendien verstandig aan om de verkoper in de gelegenheid te stellen om de gebreken te onderzoeken vóórdat herstel plaatsvindt. Laat hij dat na, dan riskeert hij het verwijt dat hij de verkoper onredelijk in zijn bewijspositie heeft benadeeld en daarmee rechtsverwerking. Behoort naast dit alles van de koper te worden gevergd dat hij de verkoper in de gelegenheid stelt de gebreken binnen een redelijke termijn te herstellen? Dat is de vraag waarom het gaat.

2 NUANCERINGEN IN DE RECHTSPRAAK

Overbekend is dat het vereiste van de ingebrekestelling door de Hoge Raad gedurende de afgelopen jaren in diverse opzichten is genuanceerd. Die nuance-

■ W.L. Valk is vice-president van het gerechtshof te Arnhem.

1 Nauwkeuriger: in geval van schadevergoeding voor zover nakoming niet blijvend onmogelijk is en in geval van ontbinding voor zover nakoming niet tijdelijk of blijvend onmogelijk is.

ringen zien in de eerste plaats op de rol van de redelijkheid en billijkheid. De opsomming in artikel 6:83 BW van gevallen waarin het verzuim zonder ingebrekestelling intreedt, is niet limitatief; ook de redelijkheid en billijkheid spelen in dit verband een rol.² Die redelijkheid en billijkheid kunnen zich niet alleen in de gedaante van de beperkende werking voordoen (met de daarbij passende terughoudendheid), maar ook in die van de aanvullende werking.³

Het vereiste van de ingebrekestelling heeft in de tweede plaats belangrijk aan betekenis ingeboet door de ruime opvatting die de Hoge Raad hanteert van het begrip ‘onmogelijkheid’.⁴ In geval van een tekortschieten in de nakoming van een voortdurende verplichting, kan deze verplichting in de toekomst weliswaar nog worden nagekomen, maar daarmee wordt de tekortkoming in het verleden niet ongedaan gemaakt, zodat wat deze tekortkoming betreft nakoming niet meer mogelijk is. Verzuim is in zoverre niet vereist (art. 6:74 lid 2 en 6:265 lid 2 BW) en een ingebrekestelling dus evenmin. Hetzelfde geldt met betrekking tot een tekortschieten in een verplichting om niet te doen.⁵ Opvallende (misschien moet ik zeggen: verrassende) toepassingen van deze leer zijn de arresten Robinson/Arie Molenaar Racing VOF⁶ en Endlich/Bouwmachines.⁷

In verband met onze vraagstelling verdient bijzondere aandacht de zaak Van der Meer/Beter Wonen.⁸ Het gaat in die zaak om de verplichting van de huurder om het gehuurde bij het einde van de huur in goede staat terug te geven. Die verplichting kan volgens de Hoge Raad niet worden gesplitst in een verplichting tot teruggave van het gehuurde en een eventuele verplichting om het gehuurde in goede staat te brengen. Daarom kan de huurder deze verplichting naar haar aard slechts nakomen op het tijdstip waarop de huurovereenkomst eindigt. Men zou verwachten dat in het geval waarin de huurder dat heeft nagelaten, nakoming onmogelijk is geworden en dus verzuim niet is vereist – en dáárom ook geen ingebrekestelling – maar de Hoge Raad zegt dat de huurder van rechtswege in verzuim is. Voor het resultaat maakt het natuurlijk weinig uit: er is geen ingebrekestelling nodig.

2 HR 6 oktober 2000, NJ 2000, 691 (*Verzicht/Rowi*), met een beroep op de wetsgeschiedenis van de bepaling.

3 HR 4 oktober 2002, NJ 2003, 257, m.nt. JH (*Fraanje/Götte*).

4 Vergl. onder meer G.T. de Jong, ‘Ook via het onmogelijkheids criterium verliest de ingebrekestelling terrein’, *NJB* 2007, p. 2746 e.v.

5 HR 11 januari 2002, NJ 2003, 255, m.nt. JH (*Schwarz/Gnjatovic*) en HR 22 juni 2002, NJ 2007, 343 (*Fisser/Tycho*).

6 HR 20 januari 2006, NJ 2006, 80.

7 HR 22 oktober 2004, NJ 2006, 597, m.nt. JH. Hijma is in zijn noot kritisch over de toepassing van het criterium van de onmogelijkheid op het besliste geval.

8 HR 27 november 1998, NJ 1999, 380.

3 OPVATTINGEN IN LITERATUUR

Wat betekent een en ander voor gevallen van non-conformiteit? De literatuur is verdeeld. Van Schaick heeft de lijn van het arrest Van der Meer/Beter Wonen doorgetrokken naar andere verbintenissen tot op- of aflevering. De verplichting om de verkochte zaak af te leveren en de conformiteitseis van art. 7:17 BW zijn direct met elkaar verbonden en de op de verkoper rustende verbintenis kan naar haar aard niet worden gesplitst in een verplichting tot aflevering van de verkochte zaak en een verplichting om die zaak af te leveren in een staat waarin zij aan de koopovereenkomst beantwoordt. Ook in gevallen van non-conformiteit treedt volgens Van Schaick daarom het verzuim van rechtswege in.⁹

Van Schaick is bestreden door Dammingh.¹⁰ Volgens Dammingh vormt het belang van een derde, namelijk de opvolgende huurder, mede de achtergrond van de regel van Van der Meer/Beter Wonen. Die achtergrond ontbreekt wat betreft de verplichting tot aflevering in geval van koop. Dammingh gaat ervan uit dat de koper van een non-conforme zaak wel een ingebrekestelling uit dient te brengen. Dammingh wordt op zijn beurt bestreden door Wanders.¹¹ Wanders neemt het op voor de opvatting van Van Schaick, maar spreekt daarnaast zijn sympathie uit voor een alternatieve redenering die een ingebrekestelling overbodig maakt. Die alternatieve redenering begrijpt de door partijen overeengekomen datum van aflevering als een fatale termijn in de zin van artikel 6:83 sub a BW.

4 SPREKEN EN ZWIJGEN

Zwijgen kan de Hoge Raad op diverse manieren: door toepassing van art. 81 Wet RO, door een kwestie als voorbehouden aan de feitenrechter te bestemmen, door een middel niet te behandelen in het geval dat reeds een ander middel tot cassatie leidt, enzovoort. Zwijgen kan de Hoge Raad ook in diverse gradaties. Als de Hoge Raad verwijst naar (onderdelen van) de conclusie van het parket en zich 'voor het overige' baseert op art. 81 Wet RO, zal uit die conclusie veel kunnen worden afgeleid over de opvatting van de Hoge Raad. En wanneer een kwestie aan de feitenrechter wordt overgelaten, belet dat de Hoge Raad niet om die rechter aanwijzingen te geven, door gezichtspunten mee te geven of zelfs een vuistregel. Dat de Hoge Raad in alle talen zwijgt kan men in deze gevallen bepaald niet zeggen. Het onderscheid tussen zwijgen

9 A.C. van Schaick, 'Het verzuim bij verbintenissen tot op- of aflevering', *NTBR* 2004, p. 446 e.v., in het bijzonder p. 448.

10 J.J. Dammingh, 'Non-conformiteit bij de koop van woningen', *Adv.bl.* 2005, p. 630.

11 P. Wanders, 'Non-conformiteit bij de koop van woningen', *Adv.bl.* 2006, p. 84 e.v., met naschrift van Dammingh op p. 85 e.v.

en spreken is dus vloeiend, zoals het dat ook in de dagelijkse sociale verhoudingen is.

Iets tussen zwijgen en spreken in, is ook aan de orde indien de Hoge Raad een door het hof onbehandeld gelaten stelling als ‘essentieel’ bestempelt, zonder die stelling inhoudelijk te behandelen. Het is dat wat zich voordoet wat betreft het onderwerp van deze bijdrage. Ik doel op een arrest van de Hoge Raad van 14 februari 2003, dat alleen in elektronische vorm is gepubliceerd.¹²

5 FEITEN EN PROCESVERLOOP IN DE FEITELIJKE INSTANTIES

De zaak betrof de koop van een woning, geheel conform het stramien zoals aan het begin van deze bijdrage verwoord. De verkoper betwistte de door de koper gestelde gebreken, maar voerde ook aan dat de koper alle rechten ter zake van eventuele tekortkomingen had verloren, nu hij niet tijdig had geklaagd (art. 7:23 BW), althans de verkoper niet tijdig in gebreke had gesteld en de verkoper in het geheel niet in de gelegenheid was gesteld om een eventueel verzuim te herstellen.¹³ De rechtbank kwam aan deze verweren niet toe, omdat de vordering reeds op andere gronden werd afgewezen.

De koper ging in hoger beroep. Verkoper stelde (gelet op de devolutieve werking van het hoger beroep onnodig) in incidenteel beroep de bedoelde verweren opnieuw aan de orde, wat betreft het beroep op het ontbreken van een ingebrekestelling enigszins impliciet door aan te voeren dat de koper hem niet in de gelegenheid had gesteld om de gebreken te herstellen.

Het Bossche hof verwierp bij tussenarrest het beroep op de klachtplicht van art. 7:23 BW gemotiveerd. Volgens het hof was er tijdig geklaagd met een brief van de advocaat van de koper, waarbij deze de verkoper aansprakelijk stelde. De brief was gericht aan het adres van de notaris voor wie het transport had plaatsgevonden en bij wie partijen voor de uitvoering van de overeenkomst domicilie hadden gekozen. De notaris had de brief doorgestuurd naar de verkoper, maar de verkoper had geweigerd de brief in ontvangst te nemen. Het hof kwam vervolgens tot bewijsopdrachten aan koper en verkoper wat betreft de door de koper gestelde gebreken en de bekendheid van de verkoper daarmee. Over het beroep op het ontbreken van een ingebrekestelling zei het arrest van het hof niets.

¹² L/JN AF0871, JOL 2003, 103.

¹³ Zie conclusie P-G Hartkamp onder 2.

6 HET ARREST VAN DE HOGE RAAD

De verkoper stelt tegen het tussenarrest beroep in cassatie in. Het middel klaagt erover dat het hof een essentiële stelling van de verkoper onbesproken heeft gelaten, namelijk dat de koper hem in gebreke had moeten stellen. P-G Hartkamp en Hoge Raad hebben er weinig woorden voor nodig om tot de conclusie te komen dat het middel slaagt: het hof had inderdaad de kwestie van de ingebrekestelling niet onbesproken mogen laten.

Hartkamp gaat in zijn conclusie ‘ten overvloede’ op de door het hof onbesproken gelaten essentiële stelling ook inhoudelijk in. Hij gaat er impliciet vanuit dat een ingebrekestelling in beginsel nodig was, maar wijst er vervolgens op dat de koper zich zowel in eerste aanleg als in hoger beroep op het standpunt had gesteld dat de verkoper zich in redelijkheid niet op het ontbreken van een ingebrekestelling kon beroepen. In dat verband wijst het Hartkamp op het arrest inzake *Verzicht/Rowi*¹⁴ en gaat hij in op de wijze waarop de verkoper met de brief houdende aansprakelijkstelling was omgegaan. Op een eventuele analogie met de opleveringsverplichting van de huurder, zoals aan de orde in het arrest *Van der Meer/Beter Wonen*,¹⁵ gaat Hartkamp niet in. De vraag of een ingebrekestelling in beginsel vereist is en de daaraan voorafgaande vraag of verzuim nodig is, worden door hem niet geproblematiseerd.

De Hoge Raad beperkt zich tot de volgende overweging:

‘Het eerste onderdeel van het middel voert terecht aan dat het Hof aan een essentiële stelling van [verkoper] is voorbijgegaan. Naast het verweer dat [koper] hem niet tijdig van de gebreken van de woning op de hoogte heeft gesteld, heeft [verkoper] immers – zowel in eerste aanleg als in hoger beroep – aangevoerd dat [koper] hem in de gelegenheid had moeten stellen eventuele gebreken binnen een redelijke termijn alsnog zelf te (laten) herstellen. Deze, voor de beoordeling van de vraag of [verkoper] in verzuim was (art. 6:81 e.v. BW) relevante stelling wordt in het bestreden arrest niet besproken. Het hof had daaraan niet zonder motivering voorbij mogen gaan. Het onderdeel slaagt dus.’

Wat valt uit deze overweging af te leiden? Volgt eruit dat de opvatting van Van Schaick niet die van de Hoge Raad is? Het arrest is van voor de publicatie van het *NTBR*-artikel van Van Schaick. Dat een of meer leden van de Hoge Raad zich inmiddels door de inhoud van die publicatie hebben laten overtuigen, laat zich dus niet op voorhand uitsluiten. Maar men kan uit het arrest ook niet afleiden dat naar de *toenmalige* opvatting van de Hoge Raad de afleveringsverplichting van de verkoper, wat betreft de kwestie van verzuim en ingebrekestelling, niet gelijk kan worden gesteld aan de opleveringsverplichting

14 HR 6 oktober 2000, NJ 2000, 691 (*Verzicht/Rowi*).

15 HR 27 november 1998, NJ 1999, 380 (*Van der Meer/Beter Wonen*).

ting van de huurder als bedoeld in het arrest Van der Meer/Beter Wonen. De Hoge Raad zegt niet meer dan dat het verweer van de verkoper dat de koper hem in de gelegenheid had moeten stellen eventuele gebreken binnen een redelijke termijn alsnog zelf te (laten) herstellen relevant is voor de vraag of de verkoper in verzuim is en dus besproken had moeten worden.

Maar zou de Hoge Raad het niet gewoon ronduit hebben gezegd, als hij de afleveringsverplichting van de verkoper wél zou beschouwen als vergelijkbaar met de opleveringsverplichting van de huurder? Dat lijkt mij allerm minst vanzelfsprekend. Het is zeer wel denkbaar dat in raadkamer verschillend over een vraag wordt gedacht en dat men elkaar vindt op een formulering die de kwestie waarover men van opvatting verschilt, in het midden laat. En zelfs als binnen het college een min of meer unanieme opvatting bestaat, laat zich denken dat men niet wil vooruitlopen op een vraag die men nog niet behóeft te beantwoorden. De conclusie moet dus zijn dat de Hoge Raad de vraag of in non-conformiteitszaken een ingebrekestelling nodig is, niet heeft beslist.

7 IS EEN INGEBREKESTELLING NODIG?

Hoe beantwoord ik zelf de vraag of in geval van non-conformiteit een ingebrekestelling vereist is? Ik begin achteraan: bij de feiten. In alle aan mij als rechter voorgelegde non-conformiteitszaken betwistte de verkoper de non-conformiteit. Als de gelegenheid zich voordeed (bij pleidooi of op een comparitie), stelde ik de verkoper de vraag: 'U zegt dat u ten onrechte niet in gebreke bent gesteld. Als de koper u nu wél in gebreke zou hebben gesteld, wat had u dan gedaan? Zou u iets anders hebben gedaan dan zeggen wat u in deze procedure ook zegt, namelijk dat er volgens u geen sprake is van non-conformiteit?' Sommige verkopers gaven op die vraag het eerlijke antwoord dat zij met de ingebrekestelling niets zouden hebben gedaan. Andere verkopers, die mogelijk de strekking van de vraag doorzagen, antwoordden dat zij zorgvuldig zouden hebben gezien of het verwijt van non-conformiteit terecht was. Mijn reactie placht dan te zijn: 'Mag ik aannemen dat u er in het kader van deze procedure ook zorgvuldig naar hebt gekeken en dat we rekening moeten houden met de mogelijkheid dat u niets met de ingebrekestelling zou hebben gedaan, omdat u meende – zoals u dat nu ook meent – dat van non-conformiteit geen sprake is?'

Ik geef het toe: ik maakte het met deze kritische vragen de verkopers niet gemakkelijk. Maar zijn de antwoorden niet illustratief voor de problematiek? Natuurlijk werd ik beïnvloed door de aard van de zaak: koop van een bestaande woning. Want geen van de door mij bedoelde zaken ging over de koop van een nieuwe woning, dus bijvoorbeeld een koop-aannemingsovereenkomst, of over de verkoop van een auto door een dealer of ander autobedrijf.

Wat ik wil zeggen is dat de vraag of het ontbreken van een ingebrekestelling een overtuigend antwoord oplevert voor de afwijzing van een vorde-

ring van de teleurgestelde koper, sterk afhangt van de feiten en meer in het bijzonder van de aard van de koopovereenkomst. Een beantwoording van die vraag langs zuiver juridisch-technische lijnen, kan daardoor onmogelijk bevredigen. Van Schaick heeft volkomen gelijk dat de redenering uit het arrest Van der Meer/Beter Wonen in een strikt logische zin ook in non-conformiteitszaken opgaat, maar zij kan bijvoorbeeld in geval van een koop-aannemings-overeenkomst toch niet overtuigen. Waarom zou de verkoper(-aannemer) van een nieuwbouwwoning niet de gelegenheid moeten hebben om het gebrek te herstellen? Hetzelfde geldt in geval van verkoop van bijvoorbeeld een auto door een autobedrijf. Maar dat neemt niet weg dat in al die gevallen waarin de koop een bestaande woning betreft, met als verkoper een partij die voor het herstel van de gebreken evenzeer een aannemer had moeten inschakelen als de koper dat moest, de redelijkheid van de opvatting dat géén ingebrekestelling nodig was, zich opdringt.

Als mijn observaties juist zijn, is het wat betreft de kwesties van verzuim en ingebrekestelling van groot belang om maatwerk te kunnen leveren. De Jong heeft er terecht op gewezen dat dit maatwerk naar oud recht (ik bedoel het recht zoals dat gold voorafgaand aan de invoering van de huidige vermogensrecht, dus 1 januari 1992) tot op zekere hoogte vanzelfsprekend was.¹⁶ In gevallen van ondeugdelijke nakoming bestond er immers geen duidelijke hoofdregel, in die zin dat een ingebrekestelling wel of niet vereist was, maar kwam het aan op de vraag of de goede trouw in de gegeven omstandigheden meebracht dat de schuldeiser de schuldenaar in gebreke diende te stellen.¹⁷

De mogelijkheid om wat betreft verzuim en ingebrekestelling maatwerk te leveren is hervonden met de hiervoor aangeduide rechtspraak van de Hoge Raad over de rol van redelijkheid en billijkheid. Als de Hoge Raad de feiten-rechter meer houvast wil bieden, kan dat door een vuistregel te formuleren. Het zal duidelijk zijn hoe die vuistregel wat mij betreft zo ongeveer zou moeten luiden: 'In geval van koop van een gebruikte zaak behoeft de koper ter zake van non-conformiteit in het algemeen niet in gebreke te stellen en brengen de eisen van redelijkheid en billijkheid in verband met de omstandigheden van het geval mee dat het verzuim van rechtswege intreedt. Dat is anders indien de verkoper, voor de koper kenbaar, zich professioneel bezighoudt met het vervaardigen of herstellen van zaken gelijk aan of vergelijkbaar met de verkochte zaak.'

16 G.T. de Jong, 'Het afnemend werkingsgebied van de ingebrekestelling', *NTBR* 2005, p. 288 e.v.

17 HR 22 mei 1981, *NJ* 1982, 59, m.nt. CJHB (*Van der Gun/Farmex*) en HR 26 maart 1982, *NJ* 1982, 626, m.nt. CJHB (*Automatic Signal/De Haas*).

